

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée

Degrave, Elise; Pouillet, Yves

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2008

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Degrave, E & Pouillet, Y 2008, 'L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée', *Journal des Tribunaux*, p. 277-285.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

SOMMAIRE

- L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée, par E. Degrave et Y. Poulet 277
- Dépens - Indemnité de procédure (article 1022 du Code judiciaire) - Champ d'application - Conseil d'Etat (non). (Cons. Etat, XV^e ch., 4 mars 2008, note) 285
- I et II. Dépens - Matière civile - Indemnité de procédure - Applications dans le temps - Affaire en cours - Notion - III. Dépens - Matière civile - Intérêts sur les dépens - Point de départ - Condamnation - IV. Abus procédural - Amende civile (article 780bis du Code judiciaire) - Application dans le temps - Comportements antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi (non). (Mons, 14^e ch., 26 février 2008, note) . . 285
- I. Dépens - Indemnité de procédure (honoraires d'avocat) - Affaire non évaluable en argent (arrêt royal du 26 octobre 2007, article 3) - Notion - Demande de décharge de la caution du failli - II. Dépens - Indemnité de procédure (honoraires d'avocat) - Pluralité de gagnants assistés par le même avocat. (Mons, 14^e ch., 31 janvier 2008, note) . . 287
- Dépens - Indemnité de procédure (honoraires d'avocat) - Calcul - Critère - Caractère manifestement déraisonnable de la situation (article 1022, alinéa 4, du Code judiciaire) - Notion. (Trib. trav. Bruxelles, 18^e ch.), 5 février 2008) 287
- I. Dépens - Indemnité de procédure (article 1022 du Code judiciaire - Droit transitoire - « Affaires en cours » - Notion - II. Dépens - Indemnité de procédure (article 1022 du Code judiciaire) - Réduction - Intervention de l'avocat limitée à la plaidoirie. (Comm. Mons, 1^{re} ch., 1^{er} avril 2008, note) . 288
- Dépens - Indemnité de procédure (honoraires d'avocats) - Pluralité de gagnants - Un seul perdant - Détermination de l'indemnité à partager (article 1022, alinéa 5, du Code judiciaire). (Comm. Mons, 1^{re} ch., 11 mars 2008) . . 289
- Dépens - Indemnité de procédure (honoraires d'avocats) - Limitation du montant de l'indemnité - Défaut de la partie succombante - Indemnité minimale (article 6 de l'arrêt royal du 26 octobre 2007) - Illégalité. (J.P. Bruxelles, 4^e cant., 8 février 2008, note) . 290
- Chronique judiciaire :
La nouvelle application juriDict du Conseil d'Etat
- Bibliographie - Echos - Dates retenues.

DOCTRINE

L'externalisation de l'administration, les nouvelles technologies et la protection de la vie privée

LES PARTENARIATS PUBLIC - PRIVÉ se multiplient à l'heure actuelle à la faveur, notamment, du développement de l'administration électronique. Bon nombre de ces partenariats impliquent l'utilisation de données à caractère personnel. Ils sont dès lors soumis non seulement aux règles de droit constitutionnel et de droit administratif traditionnellement applicables en la matière, mais également aux règles relatives à la protection de la vie privée des citoyens. Cette étude entend montrer comment les secondes complètent, voire renforcent, les premières et ce, au travers de deux formes d'externalisation de l'administration que sont la concession de service public et le marché public.

Depuis toujours, les autorités publiques font appel à des partenaires privés pour réaliser des travaux, fournir des biens ou des services, ou pour prendre en charge, à plus long terme, l'exécution d'une mission de service public.

Ces partenariats public - privé se multiplient à l'heure actuelle. En effet, la Belgique s'est engagée depuis plusieurs années dans le développement d'une administration électronique, visant à utiliser au mieux les technologies de l'information et de la communication pour améliorer tant les services rendus aux administrés, que le fonctionnement interne des autorités administratives. Ainsi, les citoyens peuvent désormais effectuer leurs démarches administratives par internet, comme la déclaration de naissance d'un enfant ou l'envoi d'une déclaration fiscale. Ils peuvent également réclamer certaines prestations administratives depuis leur ordinateur, telles que l'octroi d'un permis de bâtir ou d'une allocation. Les différentes administrations concernées, connectées entre elles au sein d'un réseau, se chargent de constituer le dossier du citoyen, lui épargnant ainsi déplacements et files d'attente. La mise en place de tels outils suppose une maîtrise fine des techniques informatiques à laquelle ne sont pas formés les fonctionnaires de l'administration¹. Il

est donc nécessaire de recourir, de plus en plus fréquemment, à des sociétés privées chargées de créer le site internet et les bases de données des administrations, de mettre au point les programmes permettant aux autorités de communiquer entre elles, d'authentifier les signatures électroniques, d'offrir des services divers tels que l'enregistrement d'informations dans une base de données sécurisée, l'archivage, le « forage » des données², etc.

Ces partenariats public - privé soulèvent également des questions relatives à la protection de la vie privée des citoyens. En effet, beaucoup de partenariats public - privé impliquent l'utilisation de données à caractère personnel. On pense, par exemple, aux sociétés informatiques s'étant vu confier la création de la carte d'identité électronique et la gestion des certificats d'authentification et de signature liés à cette carte. Jadis, la manipulation des données à caractère personnel passait inaperçue. Aujourd'hui, ces

cours, pour l'engagement de ses informaticiens, à la S.M.A.L.S., une a.s.b.l. créée pour cette seule raison. Au-delà, on note l'absence de services spécialisés au sein de l'administration capables d'offrir des services de conception, de gestion et de maintenance adéquats en matière de systèmes d'information. C'est pourquoi, la Région wallonne a délégué, dans un premier temps, l'ensemble de son informatisation à une société externe.

(2) Sur les opérations de « forage » de données ou data mining et les questions de protection des données qu'elles soulèvent, lire N. LEFEVER, « Entrepôts de données et vie privée », *R.D.T.I.*, 2008, n° 30, p. 7.

(1) Ce phénomène s'explique par diverses raisons, la plus triviale étant le fait que l'administration ne peut, pour des raisons statutaires, offrir aux informaticiens le salaire que le marché leur offre. On rappelle que c'est la raison pour laquelle le secteur de la sécurité sociale a très vite eu re-

informations sont protégées au nom de la vie privée. En effet, face aux dangers que représentent les traitements de données à caractère personnel, le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de notre Constitution, a, petit à petit, bénéficié d'une interprétation de plus en plus large. Depuis l'adoption, le 28 janvier 1981, de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe³, il englobe la protection des données à caractère personnel. Fidèle à l'obligation positive que lui enjoint la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme d'assurer le respect des droits de l'homme sur le territoire de l'Etat belge, le législateur fédéral a adopté, le 8 décembre 1992, la loi « relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel »⁴. Elle définit ce type de données comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (...) »⁵. Il peut s'agir du nom d'une personne et de ses coordonnées, mais également de son numéro de compte, son numéro de plaque minéralogique, etc. Tout traitement de ces données, tel que leur collecte, leur enregistrement, leur transmission, est ainsi soumis au respect de conditions strictes.

L'utilisation de données à caractère personnel dans le cadre d'un partenariat public - privé soulève ainsi des questions d'un genre nouveau. Un veuf est-il en droit de s'offusquer en recevant, quelques semaines après le décès de son épouse, un prospectus matrimonial intitulé « Une de perdue, dix de retrouvées », lui présentant une liste de dames célibataires de son âge et qui lui a été envoyée par la société chargée de gérer le cimetière où repose sa femme? Que faire lorsqu'une entreprise automobile a accès aux données des propriétaires de voitures détenues à la D.I.V. pour des opérations de rappel de voitures atteintes d'un vice mais s'en sert pour des opérations de marketing direct? Comment empêcher qu'une société collaborant avec le S.P.F. Finances pour prévenir le surendettement des consommateurs ne se serve des informations relatives aux personnes concernées pour constituer une base de données des mauvais payeurs et la vendre aux banques et aux sociétés d'assurances pour les prévenir du danger? Pour endiguer de telles dérives, la loi du 8 décembre 1992 doit être appliquée. Elle impose aux collectivités publiques et aux sociétés privées des obligations nouvelles relatives au traitement des données à caractère personnel.

La présente étude ambitionne d'analyser deux formes essentielles d'externalisation de l'administration. Il s'agit de la concession de service public et du marché public. La thèse que nous poursuivons à travers les développements qui suivent est la suivante : les règles relatives à la protection des données semblent ajouter aux règles traditionnellement applicables à la concession de service public et au marché public des exigences dont l'effet, à défaut d'être l'objectif, est de renforcer le pouvoir et la responsabilité de l'administration. Ces ajouts sont certes

différents lorsqu'il s'agit de marchés publics ou de concessions de service public, comme nous le montrerons. Ils ont toutefois en commun de compléter, voire de perfectionner, les règles traditionnelles de droit administratif.

1

Une première forme d'externalisation des tâches de l'administration : la concession de service public

Après avoir défini la concession de service public et énoncé le régime juridique qui s'applique traditionnellement à ce type de partenariat, l'application de la loi vie privée et son apport au régime juridique de la concession seront étudiés au travers d'un exemple concret, celui de la collaboration entre le S.P.F. Economie et l'a.s.b.l. Car-Pass.

A. La concession de service public et son régime juridique

La concession de service public est un type de partenariat public - privé. Il s'agit d'un contrat administratif par nature, en vertu duquel une collectivité publique (fédérale, fédérée ou décentralisée), le « concédant », confie à son partenaire contractuel, le « concessionnaire », la gestion d'un service public sous son contrôle et selon les modalités qu'il détermine, en étant rémunéré sous forme de redevances perçues à charge des usagers du service public⁶.

Ce contrat administratif ne fait l'objet d'aucune législation particulière. Cependant, traditionnellement, la doctrine et la jurisprudence caractérisent ce contrat par plusieurs éléments, que l'on décrit en trois points⁷.

Tout d'abord, la concession de service public requiert une intervention législative. Il revient au législateur de créer le service public destiné à être concédé. Il doit également autoriser le pouvoir exécutif à conclure une convention avec un partenaire privé chargé d'assurer l'exploitation du service en question. En pratique, ces deux aspects de la loi n'en forment souvent qu'un seul, car on considère que l'autorisation d'assurer la gestion d'un service public contient implicitement la création de celui-ci⁸.

Ensuite, une convention doit être conclue entre l'autorité administrative et le concessionnaire, à laquelle est annexé le cahier général des charges. Ce dernier document contient les modalités de fonctionnement de la concession, telles que la description de son objet, les stipulations financières, la durée de la concession, etc. La

convention entre le partenaire public et le partenaire privé décrit brièvement l'engagement du concessionnaire et renvoie au cahier général des charges pour le surplus⁹.

Enfin, un arrêté royal doit attribuer la concession au concessionnaire de manière à lui octroyer les prérogatives liées à l'exploitation du service confié et à assurer l'opposabilité aux tiers des stipulations de la convention et du cahier général des charges.

La concession de service public peut impliquer le traitement de données à caractère personnel. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'on confie à une entreprise privée le soin d'émettre et de gérer les certificats d'authentification et de signatures électroniques ou lorsque des a.s.b.l. appelées « guichets d'entreprise » gèrent l'inscription des entreprises à la Banque-carrefour des entreprises.

Dans ces hypothèses, la validité juridique de la concession de service public ne peut se satisfaire du seul respect des règles qui lui sont traditionnellement applicables. Il y a lieu, en effet, de se conformer aux exigences de la protection de la vie privée, qui semblent perfectionner les obligations issues du droit administratif. Le contrat conclu entre le S.P.F. Economie, P.M.E., Classes moyennes et Energie et l'a.s.b.l. Car-Pass est un exemple éloquent à cet égard.

B. L'exemple de l'a.s.b.l. Car-Pass

Le 11 juin 2004, le législateur adopte une loi réprimant la fraude au kilométrage des voitures. Il s'agit de protéger les consommateurs et les professionnels de l'automobile contre les pratiques commerciales malhonnêtes et de concurrence déloyale menées par des fraudeurs qui modifient le kilométrage figurant au compteur des voitures afin de les vendre à un meilleur prix.

Entre autres solutions, la loi prévoit que, lors de la vente d'un véhicule d'occasion à un particulier, le vendeur, particulier ou professionnel, doit remettre à l'acheteur un document reprenant les données relatives à l'évolution du kilométrage de la voiture. Ce document n'est pas établi par la D.I.V. mais bien par une société privée. En effet, l'article 6 de la loi habilite le Roi à « agréer, aux conditions qu'il détermine, une association créée à l'initiative d'organisations professionnelles qui représentent les professionnels, et chargée d'enregistrer le kilométrage des véhicules. Cette association prend la forme d'une association sans but lucratif (...) ». Il doit également déterminer des modalités telles que la rémunération maximale que les tiers paient à l'association pour l'obtention du document.

L'a.s.b.l. choisie pour cette tâche est l'a.s.b.l. Car-Pass, constituée de représentants du secteur automobile issus de la F.E.B.I.A.C., notamment¹⁰. Après que fut constaté le respect des conditions d'agrément requises¹¹, cette société a été agréée par un arrêté royal du 4 mai 2006¹² en vue de gérer la base de données où

(3) Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, approuvée par la loi du 17 juin 1991 (M.B., 30 décembre 1993).

(4) Cette loi, publiée au *Moniteur belge* le 18 mars 1993, est désignée, dans la suite de cette étude, par les termes « loi vie privée ». On ajoute que la loi a été modifiée à diverses reprises, en particulier en 1998 et en 2003.

(5) Article 1^{er} de la loi sur la vie privée.

(6) Voy. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, Larcier, 1961; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgische administratief recht*, Malines, Kluwer, 2006, p. 147; S. VAN GRASSE, *De concessie in het raam van de publiek - private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007, p. 48.

(7) Dans le cadre de cette étude, on se contente de reprendre les caractéristiques des concessions de l'Etat fédéral, à l'exclusion de celles opérées par les collectivités fédérées ou décentralisées.

(8) P. ORIANNE, *op. cit.*, p. 148, n° 147.

(9) *Ibidem*, pp. 153 et 154, n°s 152 et 153.

(10) Le site de l'a.s.b.l. est www.carpas.be.

(11) Ces conditions sont prévues par l'arrêté royal du 21 février 2005 concernant l'agrément et le contrôle de l'association chargée de l'enregistrement du kilométrage des véhicules.

(12) Arrêté royal du 4 mai 2006 portant agrément de l'association chargée de l'enregistrement du kilométrage des véhicules.

est stocké, entre autres informations, le kilomètre des voitures.

Ce partenariat public - privé semble être un contrat de concession de service public¹³. En effet, suivant les critères définis plus haut, on note que la loi du 11 juin 2004 constitue la loi d'habilitation confiant au pouvoir exécutif le soin de choisir une a.s.b.l. chargée de gérer la mission de service public qu'est la prévention de la fraude au compteur kilométrique¹⁴. En outre, parmi les modalités relatives au fonctionnement de cette collaboration, il est prévu que Car-Pass perçoit une redevance à charge des vendeurs. Chaque Car-Pass coûte en principe 6 EUR au vendeur¹⁵. Enfin, un arrêté royal a également été adopté¹⁶, par lequel le Roi confie à Car-Pass l'exécution de cette mission d'intérêt général.

Avant d'analyser les conséquences de l'application de la loi vie privée au régime de la concession de service public, il y a lieu de noter le raisonnement de la Commission belge de la protection de la vie privée¹⁷ qui conclut à l'applicabilité de cette loi. Outre que la question a été l'occasion pour la commission de plaider pour un champ large de l'extension de la notion de donnée à caractère personnel, ce détour nous permettra de décrire les traitements opérés par l'a.s.b.l. Car-Pass.

L'a.s.b.l. Car-Pass gère une base de données où sont stockées des informations issues de différents organismes.

Ainsi, le service chargé de l'immatriculation des véhicules (D.I.V.) communique à Car-Pass les numéros de châssis de toutes les voitures et de tous les utilitaires légers, la date de leur première immatriculation en Belgique, leur marque, et leur dénomination commerciale¹⁸. Pour ce faire, elle envoie chaque jour un fichier électronique à Car-Pass¹⁹.

Les organismes agréés pour le contrôle technique communiquent à Car-Pass le numéro de châssis, le kilomètre indiqué par le compteur kilométrique au moment de l'inspection, ainsi que la date de l'inspection²⁰.

(13) On s'étonne toutefois que le cahier général des charges et la convention n'ont pas été publiés au *Moniteur belge*, si bien qu'on ne peut établir avec certitude que de tels documents existent.

(14) Avis du Conseil d'Etat n° 34.270/1 sur le projet de loi réprimant la fraude relative au kilomètre des véhicules, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 0710/001, p. 28.

(15) Ce montant est établi sous réserve d'indexation. Le Car-Pass est gratuit s'il mentionne moins de 4 kilomètres. Les modalités relatives à la perception de la redevance auraient dû être précisées dans la loi, ce qui n'a pas été fait malgré l'avis du Conseil d'Etat sur ce point (voy. avis du Conseil d'Etat n° 34.270/1 relatif au projet de loi réprimant la fraude relative au kilomètre des voitures, *op. cit.*, p. 29).

(16) Il s'agit de l'arrêté royal du 4 mai 2006 dont il a été question ci-dessus.

(17) Rappelons que, en vertu de l'article 29 de la loi vie privée, la commission de la protection de la vie privée est compétente pour émettre « soit d'initiative, soit sur demande du gouvernement, des Chambres législatives, des gouvernements de Communauté ou de Région, des Parlements de Communauté ou de Région, du collège réuni ou de l'assemblée réunie visés à l'article 60 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises ou d'un comité de surveillance, des avis sur toute question relative à l'application des principes fondamentaux de la protection de la vie privée dans le cadre de [la loi vie privée] ».

(18) Article 1^{er} de l'arrêté royal du 26 août 2006 réglant la collaboration avec l'association chargée de l'enregistrement du kilomètre des véhicules.

(19) *Rapport annuel 2006 de Car-Pass*, pp. 9 et 10. Ce document est disponible sur le site www.carpas.be

(20) Article 2 de l'arrêté royal du 26 août 2006.

Les professionnels qui effectuent des travaux sur un véhicule doivent également communiquer à Car-Pass le numéro de châssis, le kilomètre indiqué par le compteur kilométrique au moment de l'exécution des travaux, ainsi que la date d'exécution des travaux²¹.

Enfin, étant donné que le document Car-Pass doit être délivré par des vendeurs professionnels, Car-Pass doit pouvoir identifier ces personnes, physiques ou morales²². Cette a.s.b.l. reçoit donc chaque jour un fichier de la Banque-carrefour des entreprises contenant des données relatives à la création et à la disparition des entreprises²³.

Lors des travaux préparatoires, il a été soutenu qu'une telle base de données « ne peut poser de problèmes » au regard de la protection de la vie privée car « les données rassemblées ne se rapportent qu'aux voitures mêmes, par exemple marque et type, (...). Les données relatives au propriétaire n'ont en la matière aucune pertinence ». Quant à l'identité du professionnel qui a effectué des travaux relatifs à un véhicule précis, « ceci a son importance pour définir les responsabilités en cas de fraude. Ces données ne pourront dès lors être réclamées ou consultées que par les parquets ou par les instances de contrôle que le législateur indique. Ces données ne peuvent en aucun cas être communiquées à des tiers »²⁴.

Une telle affirmation ne résiste pas à un examen sérieux, comme le rappelle la Commission de la protection de la vie privée dans son avis n° 15/2006 du 14 juin 2006²⁵.

En vertu de l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi vie privée, les caractéristiques des véhicules reprises dans la base de données de Car-Pass sont des données à caractère personnel si elles permettent d'identifier, même indirectement, une personne physique. En l'occurrence, le numéro de châssis offre une telle possibilité et n'est donc pas une donnée matérielle neutre. Il s'agit « d'un numéro d'identification ayant une structure et une codification uniques, et qui est normalement constant tout au long de la durée de vie de la voiture. Grâce à cette structure unique du numéro de châssis, il se prête parfaitement à l'association de fichiers de données externes. Il pourra ainsi souvent être attribué à une personne, soit le propriétaire, soit le titulaire de la plaque d'immatriculation »²⁶. Par exemple, dans le sec-

teur public, les services de police peuvent recourir au numéro de châssis pour retrouver le propriétaire d'une voiture incendiée. Dans le secteur privé, les constructeurs automobiles utilisent, pour le service après-vente, le numéro de châssis qu'ils ont attribué à chaque véhicule avec le nom du propriétaire de la voiture. De même, les factures que les garagistes adressent à leur client mentionnent le numéro de châssis du véhicule sur lequel ils ont fait des réparations, tout comme les formulaires de demande en ligne d'une assurance ou les dossiers d'indemnités concrètes. Quant aux autres caractéristiques des véhicules, elles sont également soumises à la loi vie privée car elles sont associées au numéro de châssis dans la base de données Car-Pass²⁷.

En conclusion, la base de données gérée par l'a.s.b.l. Car-Pass ainsi que la communication des informations s'y trouvant sont soumises au respect de la loi vie privée puisque les données traitées permettent d'identifier une personne physique et doivent donc être considérées comme des données à caractère personnel.

C. L'application de la loi vie privée et son apport à la définition du régime juridique de la concession

Notre propos entend, dans un premier temps, démontrer que certains principes cardinaux de droit administratif, à savoir les principes de légalité, de spécialité, de proportionnalité et de transparence, sont précisés d'une manière significative par la loi vie privée. Ces précisions semblent renforcer le pouvoir de l'Etat sur son concessionnaire. Dans un second temps, nous étudierons quelques conséquences supplémentaires de la qualification du concessionnaire comme responsable des traitements nécessaires à la réalisation de l'objet de la concession.

1. Les principes de légalité, de spécialité, de proportionnalité et de transparence

a) Le principe de légalité

On l'a dit, le pouvoir exécutif ne peut confier la gestion d'un service public à un partenaire privé qu'à condition d'y avoir été habilité par le lé-

(21) Article 3 de l'arrêté royal du 26 août 2006.

(22) Le S.P.F. Economie et Car-Pass ont décidé qu'il y avait lieu d'entendre par « professionnel », toute entreprise, indépendamment à titre principal ou indépendamment à titre complémentaire, qui figure dans la Banque-carrefour des entreprises, sous le ou les codes 20103 (détaillant en véhicules moteur), 50200 (entretien et réparation de véhicules), 50302 (détaillant en pièces et accessoires automobiles).

(23) *Rapport annuel 2006 de Car-Pass*, p. 10. Remarquons que la communication de telles informations n'est pas prévue explicitement par la loi ni par l'arrêté royal.

(24) Exposé des motifs concernant le projet de loi réprimant la fraude relative au kilomètre des véhicules, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 0710/001, p. 10.

(25) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006 du 14 juin 2006 relatif au projet d'arrêté royal réglant la collaboration à l'association chargée de l'enregistrement du kilomètre des véhicules.

(26) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, § 28. La Commission belge définit largement la notion de données à caractère personnel et ce sur la base des travaux préparatoires de la loi vie privée. Sur cette interprétation large et les références aux travaux préparatoires, lire T. LÉONARD et Y. POULLET, « La protection des données en pleine (ré)volution », *J.T.*, 1999, p. 378, n° 3 et s. Cette interprétation a été récemment appuyée par un avis du Groupe européen dit « de l'article 29 » qui rassemble les repré-

sentants des différentes autorités de contrôle nationales dans son WP n° 136, avis 4/2007 sur le concept de donnée à caractère personnel, publié sur le site de la Commission : ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/working-group/index_fr.htm. On note que, dans une affaire récente, les tribunaux anglais ont refusé de voir, dans le numéro de plaque d'immatriculation, une donnée à caractère personnel dans la mesure où, dans le cas soumis, le responsable de parking ne pouvait identifier les personnes propriétaires de voitures. Sur cette décision, lire U. JAGESSAR et V. SEDWICK, « When is personal data not "personal data" – The impact of *Durant v. FSA* », *Comp. Law & Sec. Report*, 2005, pp. 501-511. Certains auteurs ont proposé une interprétation différente de la loi. Il s'agirait de considérer que celui qui traite des données codées sans être en mesure d'identifier les personnes concernées, peut toujours en apporter la preuve pour échapper à l'application de la loi (D. DE BOT, *Verwerking van persoonsgegevens*, Diegem, Kluwer, 2001, n° 38, p. 25; M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAU, D. MOREAU et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, pp. 121-127, n° 13 et notes 35-37). Cependant, le groupe européen de l'article 29 a récemment plaidé pour une conception large de la notion (avis 4/2007 du 20 juin 2007 sur le concept de donnée à caractère personnel susmentionné).

(27) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, § 29.

gislateur. Il s'agit là d'une application du principe de légalité, entendu au sens formel du terme, qui veut que tout acte du Roi doit se fonder sur des règles émanant d'une autorité supérieure, le constituant ou, à défaut, le législateur. En l'occurrence, le Roi ne peut décider seul de déléguer une compétence qui lui a été attribuée mais doit y être autorisé par une loi²⁸.

La protection de la vie privée ajoute à cette légalité formelle le respect d'exigences relatives à la légalité substantielle de l'acte d'habilitation. On ne peut se satisfaire d'une intervention législative. Il faut encore que la loi soit prévisible, de manière à permettre aux citoyens de connaître précisément les moyens portant atteinte à leur vie privée et les raisons qui justifient une telle ingérence²⁹.

Les règles de droit administratif relatives à la concession de service public se contentent d'une loi autorisant le Roi à déléguer la gestion d'un service public à un tiers, sans qu'il soit même nécessaire de préciser expressément dans la loi que la mission confiée constitue un service public. Par contre, les règles relatives à la protection de la vie privée imposent que le contenu d'une telle loi soit enrichi, comme l'a encore soutenu la Commission de la protection de la vie privée. En effet, le droit au respect de la vie privée est consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de la Constitution belge. Ces textes exigent tous deux que l'ingérence dans la vie privée des citoyens soit prévue par une loi. Tant la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour constitutionnelle³⁰ ont eu l'occasion de préciser que cette loi doit être d'une certaine qualité, c'est-à-dire, être suffisamment précise et prévisible³¹. Cela n'empêche pas le législateur de déléguer un pouvoir d'exécution au Roi à condition que soient précisés, dans la loi, les éléments essentiels des mesures à exécuter³².

En l'espèce, cela signifie que la loi du 11 juin 2004 devrait préciser quelles sont les informations traitées, quelle est la finalité poursuivie par l'enregistrement et la communication de ces données, quelles autorités les fournissent, qui peut les consulter, qui peut en recevoir communication et dans quel but les informations obtenues peuvent être réutilisées³³. Or, cela n'a pas été fait. Dès lors, telle qu'elle est exprimée dans la loi du 11 juin 2004, la délégation au Roi est « trop large et trop générale »³⁴ si bien que les

opérations menées par Car-Pass ne respectent pas le principe de légalité et leur admissibilité doit être remise en cause³⁵.

Finalement, en donnant deux couleurs au principe de légalité — légalité formelle et légalité substantielle — et en exigeant du législateur qu'il précise les éléments essentiels des mesures à exécuter, on incite ce dernier à exercer sa tâche plus en profondeur. Les précisions apportées à la loi sont autant d'éléments qui seront soumis au débat démocratique et ne seront pas laissées à l'appréciation discrétionnaire du pouvoir exécutif. Le pouvoir des représentants du peuple en sort renforcé. Par ailleurs, ces précisions indiquées dans la loi offrent aux citoyens une meilleure connaissance des règles qui s'imposent à eux. La sécurité juridique est confortée.

b) Le principe de spécialité

Traditionnellement, une concession de service public a pour objet de confier au concessionnaire l'exécution d'une tâche relevant de la compétence de l'administration concédante, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une mission essentielle des pouvoirs publics et que la compétence à exécuter ne soit pas concédée sans restrictions³⁶. Conformément au principe de spécialité, le concessionnaire ne peut exercer que la tâche concédée. Il doit, en outre, le faire dans un but d'intérêt général³⁷.

La loi vie privée perfectionne le principe de spécialité. Elle exige non seulement que l'administration, ou son concessionnaire, n'exerce que les tâches qui entrent dans ses compétences³⁸. Mais elle impose, en outre, que la finalité poursuivie lors de l'accomplissement d'une telle mission soit suffisamment déterminée³⁹. Cette exigence n'est pas atteinte lorsque la finalité est formulée de manière très large comme étant la poursuite de l'intérêt général. Elle ne l'est pas non plus lorsque la finalité est décrite seulement comme

un moyen d'atteindre un objectif non défini et non comme une fin en soi, ainsi que l'a affirmé la Commission en l'espèce. C'est pourquoi, en prévoyant que les données traitées par l'a.s.b.l. Car-Pass le sont dans le but de « permettre aux tiers de connaître le kilométrage exact d'un véhicule », la loi ne respecte pas l'exigence de finalité. Il faut s'en tenir au véritable objectif que doit poursuivre l'a.s.b.l. Car-Pass. Celui-ci est à la fois préventif (prévenir la fraude grâce à la centralisation des données kilométriques) et réactif (possibilité pour l'acheteur de résilier la vente, existence de contrôles et de sanctions). Puisqu'il s'agit de la finalité du traitement, elle doit figurer expressément dans la loi du 11 juin 2004.

Le principe de finalité est fondamental pour la protection de la vie privée. En effet, le danger d'un traitement de données réside davantage dans le but qu'on cherche à atteindre que dans le type de données qu'on utilise⁴⁰. En l'espèce, par exemple, il pourrait être tentant pour l'a.s.b.l. Car-Pass de vendre les données qu'elle gère à une compagnie d'assurances qui désirerait adapter le montant de la prime en fonction de la vétusté et de la dangerosité du véhicule. Elle pourrait ainsi engranger du bénéfice tout en restant dans le cadre de la finalité définie par la loi, à savoir, le fait de permettre aux tiers de connaître le kilométrage exact d'un véhicule. Il en résulterait pourtant un inconvénient d'importance pour les citoyens qui, ayant peu de moyens financiers, auraient dû acheter une voiture d'occasion, mais se verraient obligés de payer des primes importantes. Plus la finalité est définie de manière précise, plus on évite des situations inadmissibles.

Mais le principe de finalité ne permet pas seulement de lutter contre l'usage abusif des données à caractère personnel. Il permet également, de manière plus générale, de lutter contre l'excès de pouvoir⁴¹ dont le concessionnaire pourrait se rendre coupable. On vise par là le fait, pour la personne morale, d'agir dans un but d'intérêt général qui diffère de celui que le législateur avait en vue en confiant la mission de service public. Certaines autorités ont déjà été condamnées pour avoir commis un excès de pouvoir alors qu'elles agissaient dans l'intérêt général. Tel fut le cas notamment d'un bourgmestre ayant ordonné la démolition d'un immeuble menaçant de s'effondrer, à des fins archéologiques et non liées à la sécurité publique⁴². Grâce à sa précision, le principe de finalité, tel que l'entend la loi vie privée, semble empêcher de laisser l'autorité administrative, ou son concessionnaire, « deviner » dans quel but d'intérêt général précis il doit agir.

c) Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité s'impose tant aux autorités administratives qu'au législateur.

(28) Article 105 de la Constitution; F. DELPERÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 91; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge : regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 3^e éd., p. 149; H. SIMONART, « L'article 105 », in *La Constitution - Lignes et entrelignes* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Le Cri édition, 2004, pp. 247-249; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDEN LANOTTE, *op. cit.*, p. 19; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 147; A. ALLEN, *Rechter en bestuur in het Belgische publiekrecht - De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, Anvers, Kluwer, 1984, t. I, pp. 1-8.

(29) Sur l'accessibilité à la loi et l'intelligibilité de celle-ci, voy. E. DEGRAVE, « La légalité pénale et la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2006, pp. 486 et 488.

(30) Voy. notamment C.E.D.H. *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, n° 28341, § 57 et C.A. n° 131/2005, du 19 juillet 2005, B.5.1.

(31) Nous n'analysons pas, dans le cadre de cette étude, la question du législateur compétent.

(32) C.A., n° 135/2004, du 22 juillet 2004, B. 3.2.

(33) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, § 41; avis du Conseil d'Etat n° 34.270/1 sur le projet de loi réprimant la fraude relative au kilométrage des véhicules, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2003-2004, n° 51 0710/001, p. 29.

(34) Avis du Conseil d'Etat n° 34.270/1, *op. cit.*, p. 29.

(35) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, §§ 41-43.

(36) Avis du Conseil d'Etat n° 34.270/1, *op. cit.*, p. 28.

(37) P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 48; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 49; A. MAST, *Précis de droit administratif, belge*, Bruxelles - Gand, éd. E. Story-Scientia, 1966, p. 29; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 485; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDEN LANOTTE, *op. cit.*, p. 81.

(38) En l'espèce, selon la Commission, l'article 5, c, est d'application. Ainsi, ce traitement est légitime car « il est nécessaire au respect d'une obligation à laquelle le responsable du traitement est soumis par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance ». Cela paraît étonnant, notamment parce que la Commission, dans son avis, soutient que le responsable de traitement est l'a.s.b.l. Car-Pass. Or, l'a.s.b.l. Car-Pass n'est pas soumise, par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, à l'obligation de prévenir la fraude. Selon nous, il aurait été préférable d'appliquer l'article 5, e, suivant lequel le traitement est « nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable de traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ».

(39) L'article 4 de la loi vie privée prévoit que les données doivent être collectées pour des finalités « déterminées, explicites et légitimes ». Ne pouvant analyser en détail, dans le cadre de cette étude, l'interprétation à donner à cette disposition, nous nous contentons de soutenir que, selon nous, l'exigence d'une finalité « explicite » renvoie à la qualité de la loi, analysée, plus haut, à propos de l'habilitation législative. Quant à l'interprétation de la notion de finalité « légitime », on considère que, dans le secteur public, cette exigence impose, d'une part, de vérifier que la finalité déterminée entre dans les missions de l'autorité administrative concédante et, d'autre part, que le traitement est proportionné au but poursuivi (principe de proportionnalité du traitement qui sera analysé ci-après).

(40) M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE et Th. LÉONARD, « La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel - La loi du 8 décembre 1992 », *J.T.*, 1993, p. 377; M. VAN OVERSTRAETEN et S. DEPRÉ, « Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique », *R.T.D.H.*, 2003, p. 685.

(41) La notion d'excès de pouvoir s'apparente au détournement de pouvoir entendu dans son sens large. En droit belge, on préfère toutefois parler, dans cette hypothèse, d'excès de pouvoir, « ce qui, en cas de procédure au Conseil d'Etat, dispense de saisir l'assemblée générale de la section d'administration, qui seule a compétence pour constater un détournement de pouvoir » (P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 89).

(42) Liège, 24 novembre 1969, *J.A.L.*, 1969-1970, p. 289.

Il les contraint d'adopter des mesures proportionnées à l'objectif poursuivi.

Ce principe ne s'applique pas aux autorités administratives d'une manière absolue. En effet, il ne s'impose à celles-ci que dans l'hypothèse où elles ont le choix des moyens de leur action⁽⁴³⁾. Tel n'est pas le cas lorsque des données à caractère personnel sont traitées dans le cadre d'une mission de service public. En effet, la protection de la vie privée enlève à l'administration toute possibilité d'exercer une compétence discrétionnaire puisque, en ce domaine, le principe de légalité impose au législateur de déterminer les éléments essentiels du traitement. Ainsi, en l'espèce, l'a.s.b.l. Car-Pass ne peut apprécier elle-même quelles sont les mesures les mieux proportionnées à la lutte contre la fraude au kilométrage, ces mesures étant déterminées par le législateur.

Le principe de proportionnalité s'impose, en toutes circonstances, au législateur, comme le rappelle la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence constante. En d'autres termes, « dans la poursuite de politiques qu'elles sont habilitées à mener, les collectivités publiques doivent recourir aux moyens les plus adaptés pour atteindre leur objectif »⁽⁴⁴⁾. Ici aussi, la protection de la vie privée vient conforter ce principe. En effet, lorsqu'il prévoit un traitement de données à caractère personnel, le législateur doit vérifier que le traitement envisagé est proportionné à l'objectif poursuivi⁽⁴⁵⁾. Il s'agit de s'assurer qu'une telle mesure — telle que la création d'une base de données, comme en l'espèce — répond à l'objectif poursuivi et qu'elle n'est pas exagérée au regard de la finalité décrite. Il faut également respecter la proportionnalité au sens strict qui implique la mise en balance des inconvénients pour les administrés et du bénéfice qu'en retire l'administration⁽⁴⁶⁾. Il s'agit là d'exigences dont l'analyse se révèle souvent complexe en pratique. D'ailleurs, en l'espèce, la Commission n'a pas apprécié la proportionnalité du traitement de données. En d'autres termes, elle n'a pas vérifié si l'enregistrement des données à caractère personnel dans la base de données de Car-Pass est proportionné à l'objec-

tif poursuivi, à savoir, la fraude au kilométrage des voitures. Il semble toutefois qu'on puisse considérer ce traitement comme nécessaire, adéquat et équilibré, notamment en raison du fait que l'ingérence dans la vie privée des propriétaires de véhicules est compensée par un avantage qu'on offre à ces derniers, à savoir leur protection contre la fraude⁽⁴⁷⁾.

Outre la proportionnalité du traitement, le législateur doit également apprécier la proportionnalité du contenu du traitement, conformément à l'article 4, 3^o, de la loi vie privée. En d'autres termes, il s'agit de vérifier que les données traitées sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités poursuivies. En l'espèce, la Commission a estimé que ce principe est respecté pour autant, notamment, que le document remis par Car-Pass ne mentionne que les informations prévues à l'article 6 de la loi du 11 juin 2004⁽⁴⁸⁾.

d) Le principe de transparence

L'administration est soumise à une exigence de publicité prévue, en Belgique, par une législation diversifiée⁽⁴⁹⁾. Ces textes ont en commun de ne s'appliquer qu'aux autorités administratives. Les particuliers et les sociétés privées ne sont donc pas visés par ces obligations, n'étant pas considérés comme des autorités administratives, eussent-ils été chargés de la gestion d'un service public⁽⁵⁰⁾.

L'application de la loi vie privée à un contrat administratif tel que celui qui lie le S.P.F. Economie à Car-Pass peut aboutir à imposer au partenaire privé le respect d'une certaine transparence à laquelle il ne serait sans cela pas soumis.

En effet, le responsable du traitement est tenu à un certain nombre d'obligations qui s'apparentent à une publicité active et passive de ses activités. Ainsi, le devoir d'information lui impose d'informer la personne concernée par les données à caractère personnel du traitement concernant ces dernières⁽⁵¹⁾. L'obligation de déclaration signifie que le traitement doit être déclaré à la Commission de la protection de la vie privée⁽⁵²⁾. Enfin, la loi vie privée prévoit également un droit d'accès et de correction du citoyen à l'égard de ses données à caractère personnel⁽⁵³⁾. Si le responsable de traitement est le concessionnaire, partenaire privé, il se voit contraint de respecter de tels devoirs de transparence, bien qu'il ne soit pas une autorité administrative.

2. Les autres conséquences de l'application de la loi du 8 décembre 1992

a) La qualification du concessionnaire au regard de la loi du 8 décembre 1992

La loi vie privée distingue deux qualifications possibles pour celui qui traite des données à ca-

ractère personnel. Il s'agit de le qualifier soit de responsable du traitement, soit de sous-traitant. La distinction suit le critère de la finalité et des moyens. Le responsable du traitement est celui qui détermine, précise l'article 1^{er}, § 4, de la loi sur la protection de la vie privée, « les finalités et les moyens du traitement des données à caractère personnel ». Le sous-traitant, par contre, agit dans l'ombre du responsable du traitement, car, selon l'article 1^{er}, § 5, de la loi, il « traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données ».

L'application des critères s'avère délicate dans le contexte de la concession de service public. En effet, la question est de savoir qui, de l'autorité administrative ou du partenaire privé, doit être considéré comme le responsable du traitement. Selon la loi vie privée, le responsable de traitement est la personne qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. Si les finalités et les moyens sont déterminés par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, le responsable de traitement est la personne désignée comme telle par ou en vertu de cette norme de valeur législative⁽⁵⁴⁾.

En l'espèce, la loi ne désigne pas expressément le responsable de traitement. Mais elle prévoit elle-même la finalité du traitement et les moyens pour l'atteindre, conformément au principe de légalité. Curieusement pourtant, constatant que « la réglementation du traitement de Car-Pass (...) ne désigne pas formellement qui doit être considéré comme responsable de traitement à la lumière de la loi vie privée », la Commission a estimé que le responsable de traitement est l'a.s.b.l. Car-Pass. En effet, « on peut déduire du fait que l'a.s.b.l. Car-Pass se soit vu confier la mission légale d'enregistrement des kilométrages de véhicules que le législateur souhaitait considérer ladite a.s.b.l. comme responsable du traitement de Car-Pass »⁽⁵⁵⁾. Si l'on suit la Commission, il faudrait considérer que tout concessionnaire de l'administration est le responsable de traitement quand une loi ne dit pas autre chose, compte tenu du fait qu'il est chargé d'une mission de service public. Un tel raisonnement paraît instaurer une présomption là où la loi oblige à une désignation explicite. L'article 1^{er}, § 4, de la loi permet à l'Etat de désigner comme responsable soit le concessionnaire, soit une administration voire un département ministériel. En l'occurrence, la D.I.V. eût pu donc être désignée.

On note les conséquences de ce choix qui, selon nous, doit être législatif. Si l'administration est désignée comme responsable, le concessionnaire est alors un sous-traitant et les règles de l'article 16, § 1^{er}, de la loi vie privée s'appliquent (choix d'un sous-traitant qualifié, délimitation exacte et par voie contractuelle de la mission, etc.)⁽⁵⁶⁾. Si le concessionnaire opère un détournement de finalité, l'administration, et donc l'Etat, est directement responsable du fait de son sous-traitant. Par contre, la désignation du concessionnaire comme responsable de traitement

(43) F. DELPERÉE et V. BOUCQUEY-REMION, « Liberté, légalité et proportionnalité », *A.P.T.*, 1979-1980, p. 290; M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 453; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'Etat de Belgique - Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 671-672; P. LEWALLE, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », *A.P.T.*, 1995, pp. 55 et 74; P. GOFFAUX, *op. cit.*, p. 210.

(44) F. DELPERÉE, *op. cit.*, p. 594.

(45) L'exigence de proportionnalité du traitement de données à caractère personnel résulte de l'interprétation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et plus précisément des termes « mesure nécessaire dans une société démocratique », ainsi que des articles 4, § 1^{er}, 2^o et 5, de la loi sur la vie privée. Nous n'analysons pas, dans le cadre de cette étude, les détails de cette question complexe. Pour plus de précisions concernant l'exigence de proportionnalité du traitement de données à caractère personnel, voy. notamment M. VAN OVERSTRAETEN et S. DEPRÉ, *op. cit.*, pp. 687-690; D. DE ROY, C. DE TERWANGNE et Y. POULLET, « La Convention européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique », *C.D.P.K.*, 2007, pp. 330 à 334; M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, T. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAU et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 45; T. LÉONARD, « La protection des données à caractère personnel et l'entreprise », in *Guide juridique de l'entreprise*, titre XI, livre 112.1, Diegem, Kluwer, 2004, pp. 26 et 27.

(46) S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme - Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spécialement pp. 219-308.

(47) Cette appréciation personnelle des auteurs de l'article n'enlève rien au reproche adressée à la Commission de ne pas procéder plus systématiquement à cette balance d'intérêts et d'explicitier son raisonnement avant de conclure.

(48) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, § 68.

(49) Voy. à ce sujet P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 52 à 148 et références citées.

(50) P. ORIANNE, *op. cit.*, p. 168, n° 166.

(51) Article 9 de la loi vie privée.

(52) Article 17 de la loi vie privée.

(53) Article 10 de la loi vie privée.

(54) Article 1^{er}, § 4, de la loi vie privée; sur la notion de « responsable de traitement », voy. *infra*, chapitre 2, point C, a.

(55) Avis de la C.P.V.P. n° 15/2006, *op. cit.*, § 37.

(56) Sur l'article 16 de la loi vie privée, voy. *infra*, point C, a et b.

diminue la responsabilité de l'Etat mais augmente celle du concessionnaire. Le choix auquel est confronté le législateur est donc important.

b) Le problème particulier de l'autorisation des comités sectoriels

L'exploitation d'une mission de service public nécessite souvent l'usage, par le concessionnaire, de biens meubles ou immeubles mis à sa disposition par l'administration, conformément au mécanisme de la concession domaniale. Par exemple, l'exploitation d'un réseau de distribution de gaz suppose l'utilisation du sous-sol. L'administration est, en principe, libre d'accorder, ou non, de telles concessions. Elle en est le seul juge⁵⁷.

Dans le même sens, lorsque l'administration confie à un partenaire privé le soin de gérer les données à caractère personnel des citoyens, elle doit mettre ces informations à sa disposition. En l'espèce, on l'a dit, la D.I.V. envoie chaque jour à l'a.s.b.l. Car-Pass un fichier électronique contenant des données à caractère personnel, parmi lesquelles figure le numéro d'immatriculation de véhicules.

Pourtant, la loi vie privée empêche que cette administration décide librement de communiquer de telles données à l'a.s.b.l. Contrairement à un bien appartenant au domaine public, on ne peut considérer que les données à caractère personnel des citoyens appartiennent à l'administration qui serait alors libre d'en user à son gré. C'est pourquoi, chaque communication électronique⁵⁸ de données à caractère personnel se trouvant dans une administration est soumise à l'autorisation préalable d'un comité sectoriel, en vertu de l'article 31bis de la loi sur la vie privée. En l'espèce, la communication de données entre la D.I.V. et l'a.s.b.l. Car-Pass relève de la compétence du Comité sectoriel pour l'autorité fédérale⁵⁹.

2

Une deuxième forme d'externalisation des tâches de l'administration : le marché public

Après avoir défini le marché public et énoncé le régime juridique qui s'applique traditionnellement à ce type de partenariat, une typologie des différents marchés publics impliquant le traitement de données à caractère personnel est dressée. Enfin, l'application de la loi vie privée et son apport au régime juridique du marché public seront étudiés au travers de questions spécifiques.

(57) P. ORIANNE, *op. cit.*, p. 52, n° 45.

(58) L'article 36bis de la loi vie privée impose une autorisation d'un Comité sectoriel pour « toute communication électronique ». La question demeure de savoir si ce terme vise, par exemple, une communication par une clé USB ou un cédérom et si, par conséquent, le principe d'égalité et de non-discrimination est sauf ou, au contraire, menacé.

(59) En vertu de l'article 36bis, alinéa 3, de la loi vie privée, « sauf dans les cas fixés par le Roi, toute communication électronique de données personnelles par un service fédéral ou par un organisme public avec personnalité juridique qui relève de l'autorité fédérale exige une autorisation de principe de ce comité sectoriel (...) ».

A. Le marché public et son régime juridique

Le marché public est un contrat administratif conclu par écrit entre une autorité publique, le pouvoir adjudicateur, et une personne privée, l'adjudicataire, en vertu duquel cette dernière s'engage, contre paiement d'un prix, à réaliser une prestation pour le compte du pouvoir adjudicateur. Il peut s'agir de l'exécution de travaux, de la fourniture de produits ou de la prestation de services. Ce type de contrat fait l'objet d'une réglementation détaillée par le législateur⁶⁰.

Comme la concession de service public, l'exécution d'un marché public peut impliquer le traitement de données à caractère personnel. Dès lors, la loi vie privée s'ajoute aux règles traditionnellement applicables en la matière. Cette hypothèse peut se décliner sous plusieurs formes⁶¹.

Comme nous le verrons, les conséquences de l'application de la loi vie privée à un marché public se traduisent par l'ajout d'obligations particulières pour chacune des parties au contrat. Celles-ci méritent d'autant plus d'attention qu'elles ne sont pas reprises explicitement dans la loi sur les marchés publics mais doivent pourtant s'appliquer.

B. D'une typologie des diverses formes de marchés publics impliquant un traitement de données à caractère personnel

Un premier cas est celui où une administration externalise un traitement dans le cadre de ses missions de service public en transférant à un tiers, pour une durée déterminée, des données à caractère personnel, soit pour qu'elles soient simplement stockées (cas du *back-up* assuré par une société disposant de larges capacités de mémoire), soit pour qu'on leur applique des opérations particulières, telles que des opérations de forage de données ou des calculs particuliers en matière de traitements de salaires, par exemple.

Ce premier cas peut se compliquer lorsque le marché public implique plusieurs administrations travaillant avec un adjudicataire commun. Ce sera notamment le cas lorsque plusieurs administrations mutualisent certaines opérations de traitement. Ainsi, il n'est pas rare qu'une commune et le c.p.a.s. de cette même commu-

ne partagent le logiciel de serveur d'un même adjudicataire. Autre cas de figure, une administration peut confier à un adjudicataire des opérations qui impliquent le soin de traiter, outre les données qui lui sont confiées, des données en provenance d'autres administrations. Ainsi, par exemple, un adjudicataire peut être chargé de confronter les données reçues par l'administration fiscale à des données en provenance de l'administration de sécurité sociale et ce, en se servant du numéro de registre national⁶².

On note, enfin, toujours à propos de ce premier cas, que le transfert vers une société privée peut s'opérer afin de réaliser une mission d'intérêt général de l'administration, telle la mise à disposition de données détenues par l'administration vis-à-vis de tiers, voire du public en général. De telles mises à disposition s'effectuent dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler l'exploitation des données du secteur public, mission du secteur public récemment consacrée par la loi du 7 mars 2007⁶³. Ainsi, à défaut de disposer lui-même d'un serveur, le cadastre, administration publique fédérale, pourrait se tourner vers une société privée chargée de mettre à disposition, au profit des personnes autorisées à y avoir accès, les données du cadastre reçues de l'administration fiscale et ce, via le propre centre serveur de la société privée.

Un deuxième cas de marchés publics se rencontre encore plus fréquemment. Il ne s'agit pas ici de transférer des données mais de permettre à une société privée adjudicataire d'y avoir accès. Cette seconde hypothèse vise les nombreux cas où un tiers est chargé de la maintenance des systèmes d'information, ce qui implique que son personnel a accès aux données de l'administration pour les besoins de la mission de maintenance qui lui est confiée. La même nécessité apparaît lorsqu'une société prête ses employés pour réaliser, pour le compte d'une administration, certains travaux de réalisation de logiciels ou simplement de consultance.

Le troisième cas diffère des deux premiers par le fait que l'adjudicataire est en contact direct avec les citoyens. Une telle hypothèse se présente lorsque l'adjudicataire reçoit comme mission de réaliser le *front office*, c'est-à-dire de mettre en place le site internet, dit « portail », par lequel les interrogations des citoyens ou les télétransactions passeront et seront ensuite distribuées aux différents services concernés. Cela peut aussi être le cas lorsque l'adjudicataire est chargé de réaliser, pour compte de l'administration, la collecte de données auprès des citoyens pour la réalisation d'enquêtes, de statistiques, etc.

C. L'application de la loi vie privée et son apport au régime juridique du marché public

Après avoir qualifié les parties au contrat au regard de la loi vie privée, les obligations particu-

(62) Remarquons que cette hypothèse peut impliquer la nécessité, pour l'adjudicataire, d'avoir accès à ce dernier.

(63) Loi transposant la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *M.B.*, 19 avril 2007, p. 20.982. Voy. également l'arrêté royal du 29 octobre 2007 fixant la procédure et les délais de traitement des demandes de réutilisation d'information du secteur public ainsi que la surveillance de l'obligation de mise à disposition des documents administratifs, *M.B.*, 6 novembre 2007, p. 56338.

(60) A l'heure actuelle, s'appliquent à la matière la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services » ainsi que les arrêtés royaux du 8 janvier 1996 « relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics », du 10 janvier 1996 « relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications », du 18 juin 1996 « relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et des services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications », et du 26 septembre 1996 « établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de service public ». Récemment, deux nouvelles lois ont été adoptées en la matière. Il s'agit de la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », ainsi que la loi du 16 juin 2006 « relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services ». Leur entrée en vigueur est toutefois subordonnée à l'adoption d'arrêtés royaux d'exécution, adoption qui n'a pas encore eu lieu à ce jour.

(61) Voy. *infra*, point B.

lières du pouvoir adjudicateur et, ensuite, les droits et obligations de l'adjudicataire sont détaillés.

1. La qualification des parties au contrat

Lorsque des données à caractère personnel sont traitées dans le cadre du marché public, l'autorité publique — pouvoir adjudicateur — est également, en principe, le responsable du traitement de ces données.

Il y a lieu toutefois de soulever la question de savoir qui, du pouvoir adjudicateur ou de l'adjudicataire, doit être considéré comme le responsable du traitement lorsque la ou les finalités du traitement de données sont déterminées par le pouvoir adjudicateur tandis que les moyens de réaliser cette ou ces finalités paraissent laissés à l'appréciation de l'adjudicataire. Il semble que, dans ce cas, on puisse tout de même considérer que le responsable du traitement est le pouvoir adjudicateur, étant donné qu'il avait la possibilité de déterminer lui-même les moyens du traitement même si, concrètement, la définition de ceux-ci a été opérée par l'adjudicataire⁶⁴. Comme le notait récemment Thierry Léonard⁶⁵, la notion de « moyens du traitement » est ambiguë. D'une part — première interprétation — on peut entendre cette notion comme la décision de recourir à un prestataire privé dans le cadre d'un cahier des charges qui fixe le résultat à atteindre. Ce raisonnement conduit à retenir comme responsable du traitement l'administration. D'autre part — seconde interprétation — on peut considérer que le concept « moyens du traitement » désigne les logiciels et les infrastructures que le soumissionnaire choisi utilise pour atteindre les résultats fixés par le cahier des charges. Nous suivons l'auteur qui considère que seule la première interprétation est acceptable. La seconde reviendrait non seulement à confondre les « moyens du traitement » et le service offert par le soumissionnaire mais, surtout, ferait peu de cas de la liberté de choix laissée à l'administration de considérer que l'offre de service d'un soumissionnaire par rapport à celui des concurrents constitue le moyen le plus adéquat de réaliser la mission qui est définie dans le cahier des charges. En d'autres termes, c'est l'administration qui, en choisissant la solution offerte par un soumissionnaire, détermine les « moyens du traitement », traitement dont il fixe par ailleurs la finalité.

A ce premier argument, on peut en ajouter un autre tiré de l'intérêt pour les personnes concernées de voir l'administration considérée comme le responsable plutôt que comme le soumissionnaire. La qualification de responsable du traitement entraîne, de par l'application de la loi vie privée, de nombreuses obligations pour

ce dernier. Ainsi, il sera responsable de la déclaration du traitement auprès de la Commission, déclaration visée par l'article 17 de la loi. C'est à lui également qu'incombe l'obligation d'informer les personnes concernées par les traitements de données ainsi que le devoir de répondre, le cas échéant, à leur demande d'accès aux données et de rectification de celles-ci⁶⁶. Il lui incombera, en outre, de veiller à la sécurité des traitements, y compris en ce qui concerne les opérations effectuées par le soumissionnaire. Enfin, il lui revient d'assumer la responsabilité au cas où le sous-traitant utiliserait les données en dehors des finalités prévues. On comprendra aisément que le citoyen préférera que de telles obligations incombent à l'administration avec laquelle il est en contact direct plutôt qu'à un adjudicataire. En effet, le citoyen n'a pas choisi cet adjudicataire et en ignore même souvent l'intervention. Par ailleurs, ce dernier est parfois plus fragile financièrement.

En conséquence de la qualification de l'administration comme responsable de traitement⁶⁷, l'application de la loi vie privée rend l'adjudicataire qualifiable de sous-traitant, conformément à la définition prévue à l'article 1^{er} de la loi⁶⁸. Dès lors, outre les obligations déjà énoncées, l'administration est contrainte de respecter certaines obligations relatives au choix du sous-traitant. Celles-ci sont prévues à l'article 16 de la loi. Ainsi, cette disposition oblige l'administration à choisir un « sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements ».

Pour respecter cette obligation, il peut être judicieux, de la part du pouvoir adjudicateur utilisant la procédure de l'adjudication ou de l'appel d'offre, de restreindre l'accès à celle-ci aux soumissionnaires présentant le niveau d'aptitude requis pour réaliser le marché tout en respectant les conditions de sécurité, notamment. Ce faisant, on limite l'étude des offres proposées aux soumissionnaires les plus sérieux. En outre, le pouvoir adjudicateur doit imposer des conditions d'exécution du marché que sont le respect de certaines mesures techniques (il peut s'agir, par exemple, d'une procédure de chiffrement des données ou de la séparation des accès) et le respect de mesures organisationnelles (il peut s'agir, par exemple, de la signature, par les employés des soumissionnaires, d'engagement de confidentialité). Enfin, il doit égale-

ment ériger en critère d'attribution du marché la qualité des mesures de sécurité proposées par les soumissionnaires. Lors de l'attribution du marché, il sera, en effet, important de motiver ce choix eu égard aux propositions de sécurité émises par les soumissionnaires.

Au-delà, l'article 16, § 1^{er}, de la loi exige la signature, en marge de l'adjudication, d'un contrat par lequel les mesures de sécurité retenues seront dûment respectées et qui rappellera à l'adjudicataire qu'il « n'agit que sur la seule instruction du responsable du traitement ». Le contrat peut être écrit ou sur support électronique.

Finalement, signalons que si plusieurs administrations recourent à un même sous-traitant, chacune d'entre elles reste responsable des traitements particuliers qu'elle confie à ce dernier. Il ne peut être question de désigner un seul responsable, dans la mesure où les finalités poursuivies par chacune des administrations sont bien distinctes. Il est dès lors nécessaire que des mesures soient prévues avec le sous-traitant pour qu'un cloisonnement réel entre les données en provenance de ces différentes administrations soit assuré tant sur le plan technique qu'organisationnel.

2. Les obligations particulières du pouvoir adjudicateur responsable du traitement

On l'a dit, le pouvoir adjudicateur est, en principe, le responsable du traitement. A ce titre, il est soumis au respect d'obligations fixées à l'article 16 de la loi vie privée. Il doit également respecter des exigences liées à la transparence du traitement et, enfin, soumettre le traitement à l'autorisation d'un comité sectoriel préalable à sa mise en œuvre.

a) Les obligations de sécurité et de contrôle

Diverses obligations liées à la sécurité du traitement et au contrôle du sous-traitant sont prévues par l'article 16 de la loi. Celles-ci confortent le pouvoir de direction et de contrôle que peut exercer le pouvoir adjudicateur sur l'adjudicataire, au nom de ses prérogatives de puissance publique.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne peut choisir qu'un sous-traitant présentant des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements. De telles mesures doivent être énoncées dans le cahier spécial des charges.

Le pouvoir adjudicateur doit également prévoir, dans le cahier spécial des charges, des dispositions concernant la responsabilité du sous-traitant, et la délimitation de ses pouvoirs en ce qui concerne le traitement des données confiées. En effet, le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement.

En outre, le responsable du traitement doit limiter l'accès aux données et les possibilités de traitement de celles-ci par le sous-traitant à ce dont ce dernier a besoin pour l'exécution du marché.

Enfin, tant le responsable que le sous-traitant doivent, selon le libellé de l'article 16, § 4, de la loi, protéger les données à caractère personnel contre « la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès ou tout autre traitement non autorisé de données à caractère personnel ».

(64) A. BÜLLEBACH, H. HEIL, Y. POULLET et C. PRINS, in *Concise European IT Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p. 33. Les auteurs soutiennent que « where it is doubtful whether two entities involved in data processing are a controller and a processor (...) a possible approach could be to test whether the entity furnishing the data has at least in principle the right to decide about the means of processing (even if it should have delegated this decision to other entity involved) ».

(65) Th. LÉONARD, intervention lors du colloque « Reinventing Data Protection? », organisé par le C.R.I.D. (F.U.N.D.P.), le LSTS (VUB) et l'Université de Tilburg (NL), Bruxelles, 12-13 octobre 2007. Les actes de ce colloque seront publiés incessamment par Springer Verlag.

(66) Nous reviendrons sur ces obligations dans les lignes qui suivent.

(67) La solution de confier la responsabilité à l'administration qui décide de recourir à un tiers dans le cadre d'un marché public est explicitement affirmée à propos du cas où le tiers devrait, pour les besoins du marché adjudiqué, avoir accès au registre national et utiliser le numéro de registre national des personnes physiques. L'article 5, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi organisant un registre national des personnes physiques du 8 août 1983, tel que modifié par la loi du 25 mars 2003 (M.B., 28 mars 2003) prévoit en effet explicitement : « l'éventuelle sous-traitance se fait à la demande, sous le contrôle et sous la responsabilité desdits autorités ou organismes; ces sous-traitants doivent respecter les dispositions de la présente loi et de la loi du 8 décembre 1992(...) et prendre les mesures nécessaires à cette fin, dont ils font état aux personnes pour lesquels ils agissent en qualité de sous-traitants ».

(68) Rappelons qu'il s'agit de « la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données ».

b) Les obligations de transparence

Le pouvoir adjudicateur doit informer les personnes concernées des caractéristiques du traitement lors de la collecte des données auprès de ces dernières. Si de telles informations ne sont pas obtenues auprès des personnes concernées, il doit les en informer lors de la première utilisation des données. La question particulière qui se pose en cas de marchés publics impliquant le traitement de données par un partenaire privé, est celle de l'obligation de mentionner l'existence de la sous-traitance et l'identité du sous-traitant. Le libellé de l'article 9, §§ 1^{er} et 2, laisse une marge de manœuvre. Le sous-traitant est indiscutablement un « destinataire » des données à caractère personnel⁶⁹ et l'information à cet égard, dit la loi, est obligatoire « sauf dans la mesure où, compte tenu des circonstances, dans lesquelles les données sont obtenues, cette information supplémentaire n'est pas nécessaire pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données ».

Nous estimons que dans la plupart des cas repris dans la typologie présentée au début de ce chapitre, cette information n'est pas nécessaire, dans la mesure où l'adjudicataire n'agit que dans le cadre d'une sous-traitance bien précisée et sous la responsabilité totale du pouvoir adjudicateur, seul responsable des traitements. Elle l'est cependant, nous paraît-il, lorsque la collecte des données a lieu par le sous-traitant lui-même. Tel est le cas lorsque le marché public porte sur la réalisation d'enquêtes de population ou sur la gestion d'un portail électronique par lequel passeront les demandes des citoyens. Il semble que dans un tel cas, non seulement l'obligation d'information est utilement déléguée au sous-traitant mais, en outre, la personne concernée est en droit de savoir que la donnée collectée est, dans un premier temps au moins, traitée par le sous-traitant⁷⁰.

En ce qui concerne le droit d'accès, la question essentielle posée en cas de marché public est celle de savoir si, dans le cadre d'un marché public, l'administration peut désigner l'adjudicataire pour recevoir les demandes d'accès et effectuer les opérations qui permettront le droit d'accès. Rien dans la loi ne l'interdit mais il est clair que la responsabilité en cas de non-respect des obligations imposées par la loi dans ce cadre (obligation de répondre dans un certain délai, obligation de rectifier ou de compléter) pèsera entièrement sur l'administration en cas de défaillance de l'adjudicataire.

c) L'autorisation du comité sectoriel

L'article 31bis de la loi vie privée, introduit lors de la révision du 26 février 2003⁷¹, exige l'in-

tervention d'un comité sectoriel⁷² « pour instruire et statuer sur des demandes relatives à la communication de données... », lorsque l'autorité qui transmet les données est une autorité fédérale. Il est clair que cette autorisation est donc nécessaire dans les cas visés par le premier type de marchés publics épinglé par la typologie proposée ci-avant. Il nous paraît que, préalablement à l'attribution du marché, l'analyse du comité sectoriel doit porter sur la proportionnalité de cette communication de données entre l'administration et l'adjudicataire, tant dans son existence que dans son contenu⁷³, de même que sur le caractère adéquat des mesures de sécurité et, de manière générale, sur le respect des dispositions de l'article 16, § 1^{er}, de la loi. Ainsi, on peut imaginer que le comité sectoriel compétent attire l'attention sur les risques démesurés d'un tel transfert et prône une solution de traitement interne à l'administration, qu'il interdise comme non nécessaire le transfert de telle ou telle donnée, voire qu'il réclame l'adoption de mesures supplémentaires et analyse le contrat conclu avec l'adjudicataire.

3. Les droits et obligations de l'adjudicataire sous-traitant

L'adjudicataire, sous-traitant du responsable de traitement, est soumis à plusieurs obligations.

Tout d'abord, il ne peut s'autoriser d'opérations allant au-delà de la mission qui lui a été confiée. Ainsi, il lui est interdit d'utiliser les données qu'il a pu collectées à d'autres fins que celles prévues initialement, ou de collecter des données autres que celles qui lui ont été désignées comme nécessaires pour l'exécution de sa mission. On pourrait ainsi concevoir qu'un adjudicataire chargé de la mission de commercialiser les données du secteur public souhaite enrichir la base de données reçue de l'administration, ou offrir des services à valeur ajoutée. Cette possibilité lui sera refusée s'il travaille comme simple sous-traitant de l'administration. De même, il est exclu que l'adjudicataire ayant obtenu des données d'une administration utilise de telles données à son profit propre ou pour le profit d'autres administrations dont il est également le sous-traitant.

En outre, on rappelle que l'article 16, § 1^{er}, soumet le sous-traitant à une obligation de rappeler à ses employés l'existence de la loi vie privée et les conséquences de son application aux traitements qu'il est chargé d'effectuer. Il doit également rappeler que les employés de ce sous-traitant ne peuvent agir que « sur instruction du responsable du traitement », instruction que l'adjudicataire aura soin de relayer. En cas de non-respect de cette obligation, la responsabilité de l'administration sera mise en cause au premier chef. Toutefois, cette dernière dispose bien

évidemment des possibilités de recours contre l'adjudicataire qui aura manqué à ces devoirs.

Par ailleurs, l'adjudicataire sous-traitant dispose, dans le cadre de la mission qui lui a été confiée, de certains droits.

Il s'agit, tout d'abord, d'un droit d'accès aux banques de données ou sources authentiques, accès en principe réservé aux seules autorités publiques. Ce droit est prévu pour l'accès au registre national et l'utilisation du numéro de registre national qui en découle⁷⁴.

Ensuite, le sous-traitant peut disposer de certains droits à l'égard du traitement de données dites sensibles (les données visées par les articles 6 à 8 de la loi vie privée comme les opinions philosophiques, politiques, religieuses, les données de la vie sexuelle, les données relatives à la santé, les données dites « judiciaires »). Le traitement de ces données est réservé à certaines catégories de responsables, parmi lesquels figurent certaines administrations. Il semble que, de manière générale, une telle prérogative s'étende automatiquement aux sous-traitants qu'elles choisissent. Toutefois, les mesures de sécurité à prendre par les sous-traitants dans ces cas-là seront plus strictes et le contrat doit être évalué de manière plus sévère. Deux dispositions particulières peuvent être pointées à cet égard. Ainsi, le traitement de données judiciaires peut-il être confié par l'administration pénitentiaire à des adjudicataires? Le texte de la loi semble l'autoriser puisqu'il ouvre la dérogation aux personnes placées « sous le contrôle d'une autorité publique », à condition que ce contrôle soit prévu par le contrat de sous-traitance que l'administration sera amenée nécessairement à conclure avec l'adjudicataire conformément à l'article 16, § 1^{er}, de la loi. En matière de données relatives à des délinquants sexuels, un doute peut cependant subsister. La dérogation prévue par l'article 6, § 3, de la loi exige que le traitement soit « effectué par une association dotée de la personnalité juridique ou par un établissement d'utilité publique, qui a pour objet statutaire principal l'évaluation, la guidance et le traitement des personnes dont le comportement sexuel peut être qualifié d'infraction, et qui sont agréés et subventionnés par l'autorité compétente en vue de la réalisation de ce but ».



Conclusion

L'introduction soulignait les risques de perte de souveraineté de l'Etat, obligé de multiplier les recours aux entreprises privées pour des missions dont certaines touchent par ailleurs aux fonctions régaliennes. Les technologies de l'information et de la communication accélèrent ce mouvement d'externalisation et accroissent dès lors de tels risques. Dans ce contexte, l'application des lois de protection des données pourrait signifier une certaine récupération de

(69) La loi du 8 décembre 1992 définit en son article 1^{er}, § 7, le « destinataire » comme « la personne physique, la personne morale, l'association de fait ou l'administration qui reçoit communication des données, qu'il s'agisse ou non d'un tiers, ... » et en son article 1^{er}, § 5, par sous-traitant, « la personne physique, la personne morale ou l'administration publique qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement et est autre que la personne qui, placée sous l'autorité directe du responsable du traitement, est habilitée à traiter les données ».

(70) Ainsi, celui-ci gardera un *log file* des demandes réalisées auprès du portail ou traitera les données des personnes concernées afin de réaliser l'enquête, objet du marché public avant de transmettre les résultats à l'administration.

(71) Loi du 26 février 2003 (*M.B.*, 2003, 26 juin 2003), article 6.

(72) Sur les comités sectoriels et leur compétence, lire E. DEGRAVE, « La Commission de protection de la vie privée : un organisme invincible? », note sous Cour administrative du grand-duché de Luxembourg, 12 juillet 2005, *R.T.D.I.*, 2006, n° 25, p. 225.

(73) Cet examen est prévu par l'article 5, alinéa 2, de la loi organisant un registre national des personnes physiques du 8 août 1983, tel que modifié par la loi du 25 mars 2003 (*M.B.*, 28 mars 2003) : « Le comité sectoriel juge si les finalités pour lesquelles l'accès aux données du registre national des personnes physiques a été demandé ou pour obtenir communication sont déterminées, explicites et légitimes et, le cas échéant, si les données du registre national sont adéquates, pertinentes et non excessives par rapport à ces finalités ».

(74) Article 5, alinéa 1^{er}, 3^o : « L'autorisation est accordée... aux personnes physiques ou morales qui agissent en qualité de sous-traitants des autorités publiques belges et des organismes publics ou privés de droit belge visés aux 1^o et 2^o ».

la maîtrise de cette souveraineté par la puissance publique. Tel est le fil conducteur de notre étude limitée à deux cas d'externalisation : les concessions de service public et les marchés publics.

En matière de concession, les principes de légalité (source formelle de la concession), de légitimité (finalité des activités concédées), de proportionnalité (adéquation stricte des moyens aux nécessités de la finalité de la concession) et de transparence, principes qui animent les lois de protection des données, renforcent, cette fois, les principes du droit administratif, principes qui régissent le régime de la concession de service public. L'Etat se doit de fixer dans la loi, le décret ou l'ordonnance de concession les finalités déterminées et légitimes de la concession et de s'assurer que le choix de la concession, au regard des risques que présente l'externalisation, est nécessaire à la réalisation de telles fins. Le régime de la transparence, concrétisé par les droits d'accès, de rectification et d'opposition s'applique là où le régime de transparence administrative de la loi sur la publicité des actes de l'administration ne pourrait s'appliquer. Enfin, la qualité de responsable du traitement que revêt le concessionnaire implique que celui-ci soit attentif aux mesures de sécurité et aux autres obligations qu'impose la loi vie privée.

En matière de marché public, le régime prévu par la loi vie privée aux sous-traitants s'applique à l'adjudicataire et implique que l'administration prenne soin, dans le cahier des charges, de préciser l'objet de la mission et les mesures de sécurité qu'elle entend voir respectées. Un contrat doit lier adjudicataire et l'autorité qui recourt ainsi à la soumission. Ce contrat doit prévoir des mesures de contrôle par l'autorité publique, qui reste responsable des traitements de données à caractère personnel effectués par l'adjudicataire. Nous avons par ailleurs souligné comment la loi vie privée impose de manière différenciée, suivant le type d'objet du marché, des obligations supplémentaires au sous-traitant ou à l'autorité publique. En toute hypothèse, la loi est là pour rappeler à l'adjudicataire son obligation de s'en tenir à la seule mission qui lui est confiée, et dès lors de s'abstenir de toute utilisation des données qu'il traite à des fins propres.

Sans doute, certains diront que la loi de protection des données met ainsi à charge de nos administrations et des entreprises auxquelles elles font confiance, des obligations supplémentaires. Mais qui s'en plaindra? Certainement pas le citoyen qui y trouvera la garantie et, dès lors, la confiance dans le respect de ses libertés.

Elise DEGRAVE

*Assistante à la faculté de droit
des F.U.N.D.P. (Namur)*

*Chercheuse au Centre de recherches
informatique et droit (C.R.I.D.).*

et Yves POULLET

*Professeur ordinaire aux facultés de droit
des F.U.N.D.P. (Namur) et de l'U.Lg. (Liège)
Directeur du Centre de recherches
informatique et droit (C.R.I.D.).*